

給付利得と解除規定 (一)

——西ドイツにおける近時の理論展開を中心として——

本 田 純 一

一 緒 論

(一) 売買契約の買主は、自己の受領した給付が滅失・毀損した場合にも、当該契約の無効・取消または解除を主張することによって売主から支払った代金の返還を請求することができる⁽¹⁾。この問題は、従来、無効・取消の場合には給付利得の脱落の問題（民法七〇三条）として考察され、解除の場合は解除権の消滅の問題（民法五四八条）として別個に考察されるにとどまり、統一的には研究されていない。だが、近時西ドイツ連邦最高裁（以下BGHと略す）は、売主が性能をいつわって売却した中古車が買主の許でその瑕疵とは関係なしに滅失した事例につき、買主からの詐欺取消を理由とする代金の返還請求をみとめるにあたって、新しい判断を打ち出した。すなわち、BGH一九七〇年一月八日判決⁽²⁾は、買主からの詐欺取消を理由とする給付利得返還請求権を「二請求権対立説」⁽³⁾の立場に立って認め、その理由づけとしてドイツ民法三五〇条（以下DM三五〇条と略す）の解除規定との調和を問題とした。学説も、売主負担という形で調和させることを別として、無効・取消Ⅱ給付利得と解除とは共に契約を清算させる制度であるという観点から両者の効果を統一的に把握する方向に賛成し、それに伴って、DM三五〇条・三五一條の解除規定を基準として双務契約の対価的相互性を顧慮した詳細な一般的清算原則を案出した⁽⁵⁾⁽⁶⁾。

これに対して、わが国の学説は、契約の解除の場合に、本来の意味での契約の清算という認識が浸透していないという事情から、無効・取消にもとづく返還請求の場合には契約の清算的構成にそくした問題の解決をはかつてはいるものの、解除にもとづく返還請求の場合には、清算的構成にそくした問題の処理を考慮していない。たとえば、松坂教授は、無効・取消⁽⁷⁾・給付利得の返還請求については「差額説」に立脚して、目的物が買主の許で滅失した場合に、その危険を買主に負担させながら、解除にもとづく返還請求の場合には民法五四八条二項を適用して滅失の危険を売主に転嫁している。⁽⁸⁾この点は、無効・取消における利得返還関係について、これを「誤って実行された契約の清算」と把握し、この場合の目的物滅失の危険を双務契約における危険負担の問題と同様に考える立場でも基本的に変わりはない。たとえば川村教授は、契約の取消の場合には契約の成立時から瑕疵があるのに対して、契約の解除の場合には成立後に初めて瑕疵が生じるという理由から、両者を区別して取扱う結論を正当化している。⁽⁹⁾

だが、しかしながら、契約の無効・取消・解除がいずれも双務契約の清算制度であり、⁽¹⁰⁾双方の給付が経済的な関連性を有していることを直視するならば、一方の給付が脱落すれば他方の給付も脱落するとすることが公平に適用。とくに、無効・取消・解除という複数の契約清算手段が同一の事実関係において同時にみとめられる場合には、当事者間での返還が問題となるかぎり、いずれを主張してもその効果が双務契約の対価的相互性にそくした形において、統一的に処理されていなくてはならない。⁽¹¹⁾無効・取消を主張すると支払った代金を返還請求しえないのに、解除を主張すると代金全部を返還請求しうるというのはきわめて不合理であり、法の安定性をも害する。その意味で、解除法、とりわけ民法五四八条の規定は、契約の清算的処理にそくして再構成されるべきであり、そのような再構成をもとにして、契約の無効・取消・解除の三者を対価的相互性を貫徹するような形で統一的に扱うことを考えるべきである。近時、ドイツの学説も、このような観点から、少なくとも当事者間における給付物取戻しの

問題に関しては、無効・取消・解除いづれの主張がなされた場合にも双務契約の対価の相互性を考慮した取扱いを行なうに至っている⁽¹²⁾。

(二) 本稿の目的は、右の問題意識をふまえて、目的物が権利者(買主)の許で滅失した場合に、無効・取消・解除いづれの主張がなされた場合にも共通の危険負担と責任法則があることを検討、把握することにある⁽¹³⁾。具体的には、ドイツ法の叙述を中心に、まず、危険負担の一般原則(下民三三三条)に反する下民三五〇条の沿革とこれを危険負担の原則に適合させるべく制限解釈しようとする学説の努力を眺め(第二章)、その上で詐欺取消に基づく給付利得の返還請求をめぐる展開された解釈論争において、無効・取消・解除を同一に取扱おうとするCaemmererらの新しい見解を分析し(第三章)、これらの成果をふまえて、わが国において、無効・取消・解除三者の間に給付物の取戻しに関しては共通の清算原則が定められうることを明らかにしていきたい。

(1) 本稿は、無効・取消・解除権を有する買主がこれらの権利を主張する前に目的物が彼の許において滅失した場合に、彼の反対給付返還請求権はなお存立しうるか、という問題を扱う。それゆえ、(イ)買主が無効・取消・解除を主張した以後に目的物の滅失が生じた場合や(ロ)売主が取消権・解除権等を有する場合に買主の許で目的物が滅失した場合などは念頭においていない。なお、無効・取消の場合における給付物の取戻の問題(とくに右(イ)の場合)については、奥田昌道・「契約が取り消されたり無効の場合の返還請求について」法学教室(第二期)7四一頁参照。

(2) BGHZ 53, 144. 被告は、原告に中古車を売却した。そのさい、車の走行距離について買主を欺いた。引渡後数日して、車は買主の使用の中に彼の有責なくして重大な毀損を蒙った。なお、走行距離計の欠陥と事故との間には因果関係は証明されなかった。原告は、事故後、詐欺を理由に右の売買契約を取消し(下民二三三条)、支払った売買代金全部の返還を請求した。

(3) 「請求権対立説」(Zweikonditionstheorie)とは、無効な双務契約において、(受領された給付物がなお原物のまま又は価値において存する限り)各当事者は受領された給付物に対して独立の不当利得返還請求権を有しているとする考え方である。この考え方によれば、買主は、滅失を理由に自己の売主に対する給付物返還義務が不能となった場合に

も、自己の代金返還請求権を失わないことになる。それゆえ、買主の許での目的物滅失の危険は売主が負担することになる。

- (4) ド民三五〇条は、わが民法五四八条二項と同じ内容の規定であり、「権利者が受領した目的物が偶発的に滅失したときは、解除権は消滅しない」と定める。なお、ド民三五〇条は本来約定解除に関する規定であるが、ド民三七七条・同四六七条によって債務不履行解除、瑕疵担保解除の場合にも適用される。

- (5) その詳細は第三章の叙述に譲るが、要するにこれまでわが国で不可抗力と呼ばれていた領域を(1)純然たる不可抗力による場合(たとえば、水害・火災)と(2)責めに帰すべき事由はないが使用中の滅失の場合とに区別し、後者の場合については有責の場合と同じように滅失の危険を受領者(買主)に負わせようというのが特徴である。

- (6) 代表的なドイツの学者 v. Caemmerer, „mortuus redhibetur“, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, 1973, S. 621.; U. Huber, Der Unfall des betrogene Gebrauchwagenkäufer, NJW, 1972, 439. があげられる。ドイツで、このような観点から両者の調和が問題とされるようになった理論的な背景としては次の事情がある。ドイツでは、給付利得のほかに契約の解除についても、最近これを契約の内容変更^{II}清算であるとする考え方が支配的となってきた(内容変更説については、北村実・「解除と損害賠償との関係に関する BGB の Entweder-Ordnung 主義—解除効果論研究ノートの一齣—」天理大学学報一〇五輯七五頁を参照されたい)。そこで、この両者について清算の特質である等価交換法則 (give and take の原則) にのっとった契約の事後処理が要求されるようになったのである。とりわけ、学説はド民三三三條の等価交換法則に相応しないド民三五〇條を制限解釈することにより、両者の調和を図ろうとする。

- (7) 「差額説」(Saldotheorie)とは、双務契約における双方の給付の経済的相互依存関係を認め、そこから引渡時における物の客観的価値と支払われた代金との差額 (Saldo) を返還すべき利得とする立場である。差額説によれば、買主は初めから差額分の利得返還請求権しか有していないのであるから、先給付の場合でない限り、目的物滅失の危険は買主が負うことになる。

- (8) 松坂佐一・事務管理・不当利得「新版」二二六頁、同民法提要・債権各論「新版」六六頁。なお、我妻栄・民法講義・債権各論下巻一「一五七二—一五八一—」、「一六二—一六二六」参照。

- (9) 川村泰啓・「不当利得返還請求権の諸類型(一)」判例評論七六号八六頁。川村教授は、「給付物の返還(ないし給付

物の価値の返還」という問題に限って言えば、契約の解除の場合に限らず、契約の無効・取消の場合にも……いったん展開された『契約』関係の捲き戻し(Rückabwicklung)の問題として、『契約』の論理にそくして処理されることが望ましい(商品交換法の体系上二六二頁)といわれながら、他方で、「このことは、契約の無効・取消・解除の諸場合をつうじて給付物の返還について画一的な内容の処理がなされなければならないということまでは意味していない(体系上二六一頁)」といわれる。そして、具体的には、無効・取消・給付利得の返還請求の場合には、詐欺取消の場合を別として、物の滅失の危険を買主に負担させるのに対し(民法五三六条一項)、解除に基づく返還請求の場合にはこれを売主に負担させる(民法五四八条二項)ことになる(諸類型(一)八六頁の叙述からして、教授は、民法五四八条二項を右のように理解するものと思われる)。これは、教授が「解除においては……契約関係の清算は、その本来の内容にそくして、対価的相互性の論理を無制約に貫徹させるようにとらえることが望ましい(体系上二六一頁以下)」といわれることと一致しない。なぜなら、民法五四八条二項は、通説的解釈によれば、対価的相互性に相反する内容を有するものなのである。それゆえ、教授が真に解除のさいに対価的相互性を貫徹しようとするならば、民法五四八条の内容(さらにいうと解除規定全般の構造)を今一度検討し直す必要があるのではないだろうか。対価的相互性の論理が無制約には貫徹されない無効・取消・給付利得の場合にすら双務性が貫徹されている以上、そうすることによって少なくとも当事者間で給付物の取戻しが問題となる限り、無効・取消と解除とを問わず対価的相互性を斟酌した問題の解決が図られるのではないだろうか。

- (10) 近時ドイツの支配的見解である。H. Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975 がこれについて詳細に論じている。
- (11) Vgl. v. Caemmerer, a. a. O., S. 625.
- (12) v. Caemmerer, Huber の註に Honseil, Gefährdung und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, MDR 1970, 717; Bereicherungsanspruch und Schadensersatz bei arglistiger Täuschung, NJW 1973, 350; Wierling, Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlichen Rücktritt, Jus. 1973, 397. など、無効・取消・解除の三者が契約清算という側面からではなく、ともに契約の不存在・適時的消滅をもたらすという意味において同一の機能を果しているものとして、高森八郎郎・「無効・取消と原状回復義務」民法学 1 (総論の重要問題) 二六五頁参照。
- (13) それゆえ、本稿では原状回復義務の内容の問題をも含めた解除法の再構成については触れていない。これについては別稿に譲りたい。

二 ド民三五〇条の解除規定とその制限

BGBは、解除の効果をまず約定解除について定め（ド民三四六条以下）、それを法定解除（ド民三七七条一文）、瑕疵担保解除（ド民四六七条）に準用する。そうして、約定解除に関するド民三五〇条以下の規定は、解除における清算原則を次のように定める。すなわち、解除権者は、受領した目的物が偶発的に滅失したときでも解除できる（ド民三五〇条）が、その目的物を有責に本質的毀損・滅失した場合には解除できない（ド民三五一条）。これによれば、解除権者は、受領した物を偶発的に滅失させた場合に、その物を相手方に返還しえなくとも、解除して相手方から支払った代金を全額返還請求できる。つまり、解除においては物の偶発的滅失の危険は、解除の相手方（売主）が負うことになる。しかし、この結果は、危険負担の一般原則である債務者主義（ド民三三三条）に反し、また、ドイツの判例・通説が、同じく契約清算制度である無効・取消し給付利得の場合に、ド民八一八条三項を無視して実行された両給付の間に経済的な牽連性を認め、その「差額（Saldo）」について一個の不当利得返還請求権を成立させる考え方（差額説）を法形成した事情にも相応しない。これまでのドイツ民法学も、こうして、一様にド民三五〇条の規定を批判し、これを制限すべく努力してきた。

そこで、以下では、まずド民三五〇条の沿革を探ることにより、同条が双務性と相反するような形で立法化されるに至った理由を明らかにし（一）、ついで、同条の内容を制限すべく努力するドイツの諸学説を紹介、検討することにする（二以下）。

（一）沿革⁽¹⁾

- (1) ローマ法では、相手方の債務不履行を理由とする法定解除権は認められず、(2) 瑕疵担保解除 (actio redhi-

bitoria) および (i) 解除条件 (lex commissoria) が重要な役割をはたしていた。とりわけ、瑕疵担保解除における mortuus redhibetur (死んだ奴隷は返される) の法諺は、ドイツ普通法の時代に解除一般の清算原則として認められるようになり、BGB の諸草案を経て、民三三〇条・三五一条の起源となっていた。mortuus redhibetur とは、売却された奴隷または家畜が買主の許で死んだときには、買主は、売却のときから瑕疵が存在していたという理由で売買契約を解除し、支払った代金を返還請求できるとするものである。⁽²⁾ この法諺は、病気に罹患していた奴隷や家畜がその病気によって死亡したという場合のように、契約時の瑕疵とそれ以後の滅失との間に直接の因果関係がある場合に、その滅失の危険を売主に負わせるとするものであった。⁽³⁾ つまり、ローマ法は、瑕疵担保解除の場合に、瑕疵と滅失との間に因果関係のあることを前提として解除訴権の行使をみとめていたのであり、それ以外の場合には滅失によって解除訴権も消滅すると理解していたのである。

初期のドイツ近世諸立法においてはこの原則は維持されていた。だが、後期の諸立法に至ると、債務不履行を理由とする一般的な契約解除制度が徐々に承認され始め、それに伴って mortuus redhibetur の原則も拡張されていった。

(2) フロイセン一般州法 (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, 1794. 以下 ALR と略す) は、いまだ双務契約について一般的な形で解除権をみとめるには至らなかった。⁽⁴⁾ それゆえ、ALR は、ローマ法と同様に、もっぱら瑕疵担保解除の場合にだけ次のような清算原則を規定していた。すなわち、ALR は、目的物を受け取った時の状態で返還可能なきにのみ買主に解除 (Wandlung) を許し、それ以外の場合には代金の減額請求しか認めなかった (ALR, I, 5, §§ 327, 328)。⁽⁵⁾ ただ、買主は、滅失または毀損が物の欠陥から生じたものであるときには、実務上の例外として、売買代金の返還を請求することができた。⁽⁶⁾

一八〇四年に制定されたフランス民法典 (code civil. 以下フ民と略す) および一八六一年のバイエルン民法草

案 (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, 1861) は、双務契約の一般的解除を
 みとめながら、⁽⁷⁾ ALR に倣い、これらの場合に特別な清算規定を置かなかった。そして、瑕疵担保解除の場合に
 ついて、次のように規定する。

草案三三三条「解除 (Wandlung) の主張は、売却物が瑕疵の結果として滅失することによって排除されない。」

同三三四条「売却物が占有移転時から存在していた瑕疵の結果としてではなく、解除主張以前に、別の偶発事故
 によって滅失したまたは買主の占有を離れ、もしくは以前の形で返還しえないほど変更されてしまったときは、

買主は売買代金の減額だけしか請求しえない。」

同三二五条「買主は、故意または過失によって物の滅失または損失を惹起したときには、訴訟係属が生じた後で
 あつても、解除・代金減額いずれの請求もなすことはできない。」⁽⁸⁾

(3) だが、当時の普通法学は、右のローマ法の原則を瑕疵と滅失との間に因果関係のない場合にも適用可能な
 のと誤解してしまつた。⁽⁹⁾ Dernburg や Windscheid は、⁽¹⁰⁾ 物が瑕疵と因果関係のない偶発的事情によって滅失した
 場合は当然のこととして、買主の有責によって物が破壊された場合にも彼に瑕疵担保解除権の行使をみとめた。

一八六〇年のザクセン民法最終草案 (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen,
 1860)、一八六五年のザクセン民法典 (Bürgerliche Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, 1865) は、この
 普通法学説の影響を受けて、瑕疵担保解除法でみとめられてきたローマ法の清算原則を次のように変えてしまつ
 た。

草案九四四条「物の受領者は、瑕疵の結果としてまたは偶発的にその物を滅失させ、その返還を不能にしたとき
 にも、契約の解除 (Aufhebung des Vertrages) をなすことができる。……彼が……物を自己の有責によって滅
 失させその物の返還を不能にしたときには、彼は、契約の解除ではなく反対給付の減額請求だけをなすうる。」⁽¹¹⁾

こうして、ローマ法における *mortuus redhibetur* の法諺は、徐々にその本来持っていた意味を見失っていき、瑕疵担保解除の場合に、物の偶発的滅失の危険を売主に負わせる原則として普通法に浸透していくのである。

(4) ところで、一八六一年のドイツ旧商法典(以下、旧商法典と略す)⁽¹³⁾は、商事売買について、迅速な取引の要請と適合させるために裁判外の解除をはじめて法典にあらわした。そこで、これに伴って、法定解除の構造を明らかにする必要性が生じ、有効な契約が解消された後の両当事者間の権利義務の調整、つまり(ア)未履行の債務からの免責および(イ)既に履行された目的物の返還を規律する原則を確立することが問題となった。しかし、当時の普通法学は、いまだ十分に双務関係思想 (*Synallagmadenken*) を発達させていなかったもので、契約法理にそくしてこれらの問題进行处理することを考えつかなかった。解除条件は、このような事情の下で解除の構成に重大な影響を及ぼした。旧商法典のプロイセン草案が、すでに解除の構造を解除条件を基礎にして説明していたことも法典への導入の契機となった⁽¹⁴⁾。この構成は、その物権的効力と遡及効によって、未履行債務からの免責機能をとくにうまく説明した。ところが、その反面、清算的機能、とりわけ給付物が中間時(給付受領時から解除の意思表示までの間)に滅失・毀損した場合の返還請求権の存否の問題の解決には無力であった。解除条件の「所有権の遡及的復帰」という構成は、目的物の滅失・毀損や変更、目的物の上になされた費用の賠償、目的物が生み出した果実・収益の返還などの問題进行处理するのに役立つものではなかった⁽¹⁵⁾。

一八六六年のドレスデン草案 (*Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, Dresden, 1866*) は、法定解除の構成について、まさにこのような事情を背景にして、未履行債務の免責については旧商法典に倣って解除条件構成を維持したものの、既に給付した物の返還については、瑕疵担保解除の清算原則として当時すでに行なわれていた *actio redhibitoria* の清算原則を模範にする新しい方法を考えた⁽¹⁶⁾。契約を廃棄する (*aufheben*) または、契約を原状に回復するといふことが両者を共通に扱うきっかけとなった。また、(ア)当

時、実務がこのような方向へすでに進んでいたことや(1)普通法を抽象化し、簡單化する傾向が、導入に拍車をかけた。さらに、当時の諸立法は、すでに解除の構造について解除条件という契約外の契約消滅手段を導入していたため、先給付を前提にし、契約法理にそくした危険分配原則ではなかった *actio redhibitoria* の法原則を双務契約の解除の構成として導入することに余り抵抗しなかった。これにより、*actio redhibitoria* において発展してきた清算原則は、解除一般の清算を規律するようになった。⁽¹⁸⁾ これ以後の諸立法は、物の滅失の場合を含めて、すべての場合に、解除条件と *actio redhibitoria* の法原則をもつて解除の構造を把握するようになっていった。

(5) ドイツ民法第一草案 (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1881) も、約定解除を中心に議論しながら、解除の構成についてはドレスデン草案に倣い契約の解除を *lex commissoria* を基礎として説明し、それに *actio redhibitoria* の法原則を融合させるといふ形をとった。しかも、第一草案は、⁽¹⁹⁾ ドレスデン草案で除外されていた物の偶発的滅失の場合を含めて *actio redhibitoria* の法原則を導入した。

草案四二九条「解除権は、解除権者が受け取った目的物が偶発的に滅失するときにも行なわれる。」

同四三〇条「解除権は、以下の場合には行なわれない。⁽²⁰⁾

① 解除権者が受け取った目的物を故意または過失によって滅失させ、もしくはそれを処分したことによって返還を不能にさせたとき。

② 解除権者が受け取った物を自らでは除去しえない第三者の権利の担保に供したとき。

③ 解除権者が受け取った物を加工 (Verarbeitung) または変造 (Umbildung) によって他の種類のものに変えたとき。」

もっとも、この草案四二九条の規定は、立法過程において激しく論争された。Laband⁽²¹⁾らの学説は、これを批判して次のようにいう。すなわち、まず第一に、草案四二九条は正義感、公平、当事者の通常の意味および取引の bona

rules に反する。また第二に、それは危険負担の一般原則(草案四六三条・四六五条・四九四条)と矛盾する。さらに第三に、売主が受けた金銭に関しては滅失が問題となることはなく、売主の許で生じた滅失の危険を買主が負うことは考えられない。したがって、草案の規定は売主だけに一方的な不利益を強いる、と。

これに対して、多数意見は、*mortuus redhibetur* の法諺をより強力なものと考え、その基礎にある法政策的な意味を積極的に問わなかった。ただ、多数意見が念頭においていた実質的な理由は次のとおりであった。⁽²²⁾すなわち、第一に、買主は瑕疵の存在を知っていれば契約を締結していなかったであろうということ、第二に、売主は瑕疵の付着した物売るべきではないという古くからの制裁思想、第三に、物の滅失は、物の瑕疵自身によって惹起される蓋然性が強いということ、である。

こうして、当初は瑕疵担保解除法における一原則にすぎなかった *mortuus redhibetur* の原則は、ドイツ近世法において債務不履行を理由とする契約解除制度の発展とともに拡張され、解除一般の危険分配および責任原則に高められ、第二草案三〇一条・三〇二条を経て、民三五〇条・三五一条となっていたのである。

- (1) 解除法における清算規定の沿革は、一般的解除制度の生成、発展と密接なつながりを持っている。なお、解除制度の発展過程については、拙稿「近世ドイツ立法史における形成権の基礎」一橋論叢七四巻二号六四頁参照。
- (2) Vgl. v. Caemmerer, a. a. O., S. 621; Honsell, a. a. O., MDR 1970, 719.
- (3) Honsell, a. a. O., MDR 1970, 719; v. Caemmerer, a. a. O., S. 621.
- (4) 前掲拙稿七〇頁参照。
- (5) ALR, I, 5, § 327: 「……受領者は、他人の損失をもって利得してはならぬ。」
- (6) Dernburg, Preussisches Privatrecht II, (4. Aufl. 1889) § 144 bei Anm. 14; Vgl. v. Caemmerer, a. a. O., S. 621.
- (7) フ民二一八四条、ドレスデン草案一三八条。
- (8) フ民一六四七条「①瑕疵アリタル物ガ其ノ粗悪ナル性質ニ因リ滅失シタルトキハ其ノ滅失ハ売主ノ負担トシ、売主ハ

買主ニ対シ代金ノ返還及前二条ニ定メタル他ノ損害ヲ賠償スル義務ヲ負フ。

②然レドモ偶然ノ事故ニ因ル滅失ハ買主ノ負担トス。」(現代外国法典叢書・仏蘭西民法Ⅲ参照)。

(9) 前注(2)所掲の文献参照。

(10) Dernburg, Pandekten, 6. Aufl. 1900, § 101. 1a u. Ann. 10.

(11) Windscheid, Pandekten, 8. Aufl. 1900 § 394.

(12) ザクセン民法典第九一八条同旨(ただし直接参照しえなかつた)。もともと、これらの法典では一般的解除権は認められていない(草案八八九条・同民法典八六四条)。

(13) ド旧商法典三五四条・三五五条。なお、前掲拙稿七一頁参照。

(14) プロイセン草案二五一条「……契約が解除されるときには、各当事者は、受領した給付物を相手方に返還しなければならない。それは、契約に解除条件が附加されているときと同様である。」(なお、プロイセン草案は、直接参照しえず、Leser, a. a. O., S. 11. Anm. 43 以下参照)。

(15) Leser, a. a. O., S. 23.

(16) Leser, a. a. O., S. 28.

(17) *actio redhibitoria* の法原則は、ローマ法においても普通法においても、売買目的物の返還と引き換えにする売買代金の返還請求権であった。それゆえ、売買目的物の原状での返還は、代金返還請求権の前提要件となった。買主は、自己の代金返還請求権を行使しようとするときには、まず目的物の返還に尽力しなければならなかつた。従つて、*actio redhibitoria* における原状回復は、買主の先給付に始まり、代金返還請求によつて終了するというように順序づけられていた。ここから、*actio redhibitoria* においては、(1) 売買目的物の加工、改良、譲渡、滅失などの場合に、(2) 相互的な義務を伴った給付交換契約を模範としてではなく、(3) 先給付と先給付された物の運命を中心にした清算原則がつけられていった(なお、詳しくは、Leser, a. a. O., S. 41 ff. 参照)。

(18) もともと、ドレスデン草案は、物の滅失に関する *mortuus redhibetur* の清算原則については、これを瑕疵担保解除に特有なものとして瑕疵担保解除にのみ規定し、解除一般にまでは拡張しなかつた。ドレスデン草案一八三条：「解除 (Wandlung) は、譲渡物がその瑕疵 (Fehlerhaftigkeit) の結果としてまたは偶発的に滅失するときにも請求することが出来る。……」

同一八四条：「取得者が物品を自己の有責によつて滅失させたことによつてそれを返還しえなくなったとき：は、彼は代金減額請求しかなしえない。」

(9) Motive, § 429; Gutachten zum Entwurf eines BGB, § 429, 2. 第一委員会 (Erste Kommission) では、清算についていかなる準則を採用するかで次の提案がなされた。(1) *actio redhibitoria* に従つた清算、(2) 債権的効力を有する条件構成による清算、(3) 物権的効力を伴つた条件構成による清算。第一委員会は、まず第三の考え方を法取引の安全に適さないという理由で拒否し、ついで第二の考え方についても、清算に適用した場合の尺度が明確でないという理由で否定し、結局、第一の提案を採用した。なお、法定解除については、これまでの制度との類似性を理由として、独自の規制を行なわず、約定解除や瑕疵担保解除の規制を準用した。それは、比較的早くから發展していた法を継承することがこの時代の立法の任務と考えられていたからである (Leser, a. a. O., S. 36)。

(20) 第一草案の起草者が物の有責な滅失の場合に、価値賠償をした上で解除できるという構成をとらずに、解除を排除するという構成をとつたのは、物の滅失後その価値を調べるということが困難であるという実際上の根拠に基づいていた (Glab, *Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt*, 1959, S. 39)。

(21) Laband, *Zum Zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Buchs* S. 49.

(22) Vgl. Leser, a. a. O., S. 52.

(一) 初期におけるド民三五〇条の制限解釈

(1) 立法過程でのこのような経緯から、ド民三五〇条は、すでに BGB の制定当初から激しく非難された。そして、今日なおほとんど一般的に反対されている。ところで、同条の批判は、当初は約定解除に向けられていた。約定解除の場合には、第一に、瑕疵から滅失が生じるということもないし、従つて瑕疵ある物を売却したということに対する制裁思想も妥当しない。また第二に、瑕疵が原因で滅失したということの立証が困難であるという事情も存しない。それゆえ、偶発的滅失の危険を売主に負わせる合理的な根拠が存しなかったからである⁽¹⁾。だが、同条の批判は、法定解除の場合にもなくてはなかつた。当初の学説は、ド民三五〇条を任意規定であるとした上で、当事

者に黙示の反対意思を擬制したり、物の変更 (Umgestaltung)⁽²⁾ の場合に解除権の消滅を規定するド民三五二条を準用したりして、ド民三五〇条の適用を回避することを試みた。だが、前者の説明は、法定解除の場合を説明しないし、後者も同条の不当性を理論的に解明するものではなく、その意味で説得力を欠くものであった。

(2) Schwenn⁽⁴⁾ は、ド民三五〇条の制限を初めて本格的に検討した。Schwenn は、Motive によればド民三五〇条の本当の基本思想は次のようなものであったとする。すなわち、立法者は Rücktritt と Wandlung とを「原状回復」という観点から同一視し、ローマ法以来 Wandlung 法で発展してきた mortuus redhibetur の原則を約定解除の場合へも拡張した。これにより、目的物が買主の許で偶発的に滅失したときには、その物は、売主の許にあっても滅失していたであろうという Wandlung においてのみ考えられ、他の解除の場合には考えられない可能性を念頭において立法化されてしまった。このことから、Schwenn は、同条は、法文にあらわされていない立法者の動機に相応して解釈されねばならず、ド民三五〇条はもともと滅失が譲渡人の許でも生じていたであろう場合（すなわち、瑕疵を原因として滅失が生じたとき）のみを対象として、解除の相手方（売主）に危険を負担させる趣旨であったとする。そこから、Schwenn は、ド民三五〇条は、解除権者がそれを証明した場合にのみ適用され、それ以外の場合は危険負担の一般原則としてのド民三二三条が適用され、解除権者が物の滅失の危険を負うとする。⁽⁵⁾

しかし、当時としては漸新なこの見解に対しては、他の学説により以下のような批判がなされた。第一に、物の偶発的損失が売主の許でも生じていたであろうという理由は、瑕疵担保解除の場合にしか妥当しないし、そもそも第一草案四二九条が Schwenn のような理由に基づいて立案されたかは、Motive からは看取できない。⁽⁶⁾ 第二に、Schwenn の提案は、まさにフ民一六四七条の規定に相応するものであるが、それは第一草案四二九条（ド民三五〇条）・三八九条（ド民四六七条）の Motive で明確に否定されたものである。Schwenn の見解に相応する申し立ては、たしかに第二委員会の審議の過程で初めてなされたが、そこでも明確に否定された。すなわち、立法

者は、彼の理解とは反対に、解除権者が物の偶発的滅失の場合にも解除できることを明確に意図していた。⁽⁷⁾

こうした批判の結果、ド民三五〇条の修正解釈は、少なくともその立法者意思からだけでは根拠づけられないとされ、Schwenn の見解は、一般的な支持を得るには至らなかった。

(3) ところで Wolf⁽⁸⁾ は、Stoll⁽⁹⁾ の新しい解除の効果論に依拠するとともに、物の受領者が受領した物を返還しないのかかわらず契約を解除できるのは不当であるとして、ド民三五〇条の適用を同三二三条によって修正する試みを行なった。⁽⁹⁾ すなわち、Wolf は、ド民三五〇条は、たしかにそのような場合に解除を認めている。だが、同条は、解除を認めるとするだけで、解除権者が自己のなした給付を返還請求できるということまでは定めていない。これまでドイツの通説は、ド民三四八条がド民三二〇条・三二三条を準用しながら同三二三条を準用しなかったことから、ド民三四八条以下の解除にはド民三二三条が適用されないと一般に解してきた。しかし、そのように解すべきではなく、ド民三二三条は解除関係にも適用されるべきであり、これにより解除権者は、自分が取得したものの返還を不能にするときには、自分のなした反対給付の返還を求める請求権を失うと解すべきであるとする。⁽¹⁰⁾ このような Wolf の見解は、実際上の必要性から、法律の意思を無視することを正当化するものであった。

ただ、しかしながら、ド民三五〇条・三五一一条がありながら、さらに同三二三条を適用する彼の見解には、次のような批判が加えられた。⁽¹¹⁾ 第一に、Wolf 説は、物に内在していた瑕疵が直接物の滅失または毀損の原因となったとき（たとえば、売却された罐詰食品が半分損傷しており、それが買主の許で全部こわれた。売却された車が認識できないブレーキ故障の結果、鋭いカーブをまがりきれず樹木に衝突した）、もしくは返還の不能が、瑕疵からではないがそれと関連して生じたとき（たとえば、売主が瑕疵検査義務を怠ったとき）には、このような損失を売主に負わせなくてはならないのかかわらず、買主に危険を負わせるので柔軟性に欠け、妥当でない。⁽¹²⁾ 第二に、売買代金未払い（売主先給付）のときは、買主の代金返還請求権はそもそも成立しておらず、従ってそれが消滅するか否

かについてド民三二三条が適用されるという余地もない。それゆえ、この場合は、売主負担とするド民三五〇条がそのまま適用される。だが、それでは買主が代金を支払ったか否か、どの程度支払ったかという偶然の事情によって異なった危険分配を行なうことになり、不当利得法において長い間「差額説」に加えられているのと同じの批判をうけることになる。⁽¹³⁾第三に、Wolfの見解は、ド民三五〇条の本来持っていた意味を全面的に奪い去ってしまうという意味で法律の規定と正面から衝突する、⁽¹⁴⁾と。

こうして、Wolf説は、双務契約の危険負担については、取消か解除かを問わず、原則として債務者主義（ド民三二三条）が妥当するという正しい法政策論に立ちながら、やや急進的すぎたために、その理論構成自体に柔軟性に欠けるきらいがあり、ド民三五〇条の規定と真向から衝突するとともに、本来売主に危険を負担さすべき場合にまで買主に負担させた点で一般の支持を受けるには至らなかった。

(4) これに対して、通説的な考え方は、約定解除と瑕疵担保解除の場合には、ド民三五〇条とド民三五一一条がパラレルな関係にあることを認め、ド民三五一一条の「有責」概念を拡張解釈してド民三五〇条の適用結果を回避しようとし、法定解除の場合にはド民三二七条二文を適用して解除権者に現存利益の返還と引換えにする代金返還請求権を認容する。⁽¹⁵⁾

(7) まず、約定解除・瑕疵担保解除の場合について、ド民三五一一条は、*venire contra factum proprium*（自己の前行為に矛盾した行為をしてはならない）の実現形式であり、それに違反した場合の効果は、行為者がそこから生じた損失を相手方に転嫁してはならないということであるとする。そして、この立場は、何を違反してはならない前行為と把握するかで二つの考え方に分れる。一つの考え方は、同条にいう有責とは「自分自身に対する有責（*Ver-schulden gegen sich selbst*）」つまり善良な家父の注意を欠くことであり、法技術的な意味での有責、⁽¹⁶⁾つまり相手方に対する義務違反は必要でないとする。すなわち、解除権者の行為それ自体に故意または過失があればそれで十

分であるとする。⁽¹⁷⁾これに對して、もう一つの考え方は、有責とは、給付物の滅失・毀損を惹起する解除権者のすべての自由な行為で十分であるとし、次のようにいう。⁽¹⁸⁾すなわち、解除権の喪失という制裁は、権利者の義務違反に對して課されるものではなく、信義則または自己の前行爲に矛盾した行為 (venire contra factum proprium) をしてはならないということに起因する。違法性や義務違反という通常の契機は存しない。自己の利益に對する違反も存する必要がなく、むしろ解除は、買主がその物を「經營法則に従った」行為によつて滅失・毀損すればよい。ド民三五一条は、その意味でド民三五二条と同趣旨の規定であり、ド民三五一条からド民三五三条までは、解除権者が自己の行為によつて返還を不能にした場合を指し、これに對してド民三五〇条は自然現象によつて返還不能を惹起した場合だけを含むとする。

(4) ついで、法定解除の場合 (ド民三五五条・三三六条) について、通説は、この場合には解除権者は、受け取つた給付を自己の物として終局的に使用する意図を有し、それゆえ、解除を予想しえないのであるから、受領した目的物を注意深く管理する義務はないとする。⁽¹⁹⁾そして、この場合にド民三七条二文を適用して次のようにいう。すなわち、同条は本来解除の相手方について定めた規定であるが、債務者が解除に責めに帰すべきでない場合というのは論理的に存在しない。それゆえ、同条は、立法者が債務者と債権者を取り違えたものであり、本来解除権者に適用されるべき規定である。⁽²⁰⁾と。

(5) このように、ドイツの民法学は、一方の給付の脱落は他方の給付の脱落を導くという給付交換契約の基本原理を早くから認識し、自己の許での目的物の偶発的滅失の危険を相手方に転嫁するド民三五〇条の適用を回避すべく種々の努力を重ねてきた。ド民三三三条を解除にも適用しようとする Schwenn や Wolf の試みは、とりわけこの思想の影響を受けたものだといえる。ただ、これらの見解には、それが (ア) 立法者の意思に明確に反することが証明されたり (Schwenn の見解)、(イ) それ自体柔軟性に欠けていたりして (Wolf の見解)、一般的な支持をうける

ことができなかった。これに対して、通説の見解は、約定解除の場合にはド民三五一条の有責概念を拡張し、法定解除の場合にはド民三二七条二文を適用するという意味において、比較的無難に、ド民三五〇条を回避したといえる。

だが、しかしながら、この立場も、法定解除の場合にド民三二七条二文を適用することを批判されていく。すなわち、まず、ド民三二七条二文は解除の相手方だけを対象とした規定であり、解除権者には適用しえないことが立法過程の検討から明らかにされた。また、解除を契約の内容変更であるとする立場は、解除に基づく清算の問題を不当利得法ではなく、契約法にそくして解決すべきだと考え、同条の適用に反対した。さらに、判例も、このような事情を背景にして、それまでの見解を修正して法定解除の場合にド民三二七条二文ではなく、同三五〇条以下を適用する判断を示した (BGHZ 5, 337)。

こうして、少なくともド民三二七条二文を根拠にして法定解除と他の解除の場合を区別する考え方は姿を消していった。だが、法定解除と他の解除の間には前述したような差異が見い出されるのは事実であり、ド民三二七条二文によることを別として、これらをすべて同一の清算原則に服させるべきか否かということは将来に残された問題となった。

- (1) 当時、ド民三五一条の「有責」とは真正の意味での有責（解除権の存在を知っている）と考えられていたので、解除権者が故意に物を壊した後に解除権を知った場合にも彼は有責でないとされ、この不合理性はきわめて強かった。
- (2) Staudinger-Werner, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II., 9. Aufl. § 350, 4.
- (3) Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II., 4. Aufl. § 350.
- (4) Schwenn, Die Gefährdung beim Rücktritt, AcP 152, S. 138 ff. Schwenn は、双務契約の無効・取消の場合に、ド民八一八条三項の規定にもかかわらず、目的物滅失の危険を給付受領者（買主）に負わせる判例法（「差額説」）が形成されていることを重視する。そして、解除法でもこれに対応してド民三五〇条を制限解釈すれば、利得法と同じ

く給付交換契約の基本思想に合致する結果が得られるとした。なお BGHZ 5, 337 参照。

- (5) Schweenn, a. a. O., S. 149—153.
- (6) Glas, a. a. O., S. 20f.
- (7) Glas, a. a. O., S. 20f.
- (8) Wolf, Rücktritt, Vertretensmissen, Verschulden, AcP 153, S. 97.
- (9) Wolf は Stoll の見解に従って、解除は、契約を消滅させるのではなく、それを将来に向ってのみ内容的に変更、つまり契約を「捲き戻す」ものであり、解除に基づく返還義務は、純然たる契約上の義務であるとした。この立場は、解除における清算の問題を不当利得法ではなく、解除法によって規律し、その補充も債権法総則によってなすべきであるとする (a. a. O., S. 118f. なお、内容変更説は、現在ドイツの通説である)。それゆえ、この立場は、当時の通説 (後出三〇九頁参照) が、法定解除の場合に、利得法に従った返還義務を定めるド民三三七条二文を適用することは体系的に相入れないとする。なお、ド民三三七条二文は、次のように定める。解除が相手方の責に帰すべからざる事由によつてなされたときは、相手方は不当利得の返還に関する規定に従つてのみ責任を負う。
- (10) Wolf, a. a. O., S. 102—121. Wolf は、この場合にまずド民三五〇条・三五一条によつて解除権の有無を調べ、ド民三五一条で解除が排除された場合には危険負担の問題はおこらないが、ド民三五〇条で解除権の行使がみとめられる場合には、成立した反対給付請求権がなお存続しうるかという形で危険負担の問題が生じ、この場合にド民三二三条が適用されるとする。そして、Wolf は、ド民三五一条にいう有責を、自己の利益に違反する行為である必要はなく、単に適法な行為 (rechtmäßige Handlung) で足りるとする (S. 131)。それゆえ、彼によればド民三五〇条によつて解除が認められる場合とは、物が不可抗力 (自然現象) によつて滅失した場合しかなく、一般的にはほとんどド民三五一条によつて解除権が排除されることになる。買主は、例外的に解除権の行使が認められた場合にも返還請求権についてド民三二三条が適用されるので、彼の反対給付請求がみとめられる場合は存しない (先給付の場合には売主の代金支払請求権が消滅するという意味において、売主負担となる)。
- (11) Wolf の見解は、これに賛成するものもあるが (たとえば、Palandt-Heinrich, Bürgerliches Gesetzbuch, 32. Aufl.)、一般的には過激であるという理由から支持されていない (たとえば、Wunne, Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel, AcP 168, S. 429, Anm.

17; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. 1964, § 735 III, 2a; Glaf, a. a. O., S. 28)。

- (12) Glaf, a. a. O., S. 23 なお、Glaf の基本的な考え方は、すべての解除を通じていずれか一方が危険を負担すべきであるという global な解答を求めるのではなく、瑕疵担保解除、法定解除については下民三五〇条の規定は修正を要せず、約定解除の場合にのみ修正が必要であるとする。

- (13) Glaf, a. a. O., S. 26; Vgl. dazu Diesselhorst, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, 1968, § 11, 2, c)。

- (14) Glaf, a. a. O., S. 22。

- (15) Ennecerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Aufl. § 39 II 1 e.

- (16) この意味での有責とは、下民二七六条一項一文の定義からいって、取引違反・義務違反・規範違反の行為をいうと解される。

- (17) Palandt-Danckelmann, a. a. O., 2. zu § 361. なお、責務違反とは、義務違反ではなく自己の利益に違反することと同意義とされ、内容的には、義務としては課せられていないけれども、違反したり怠ったりすれば一定の不利益を蒙るものであるとされている。たとえば下民二五四条の共同過失のさいにこれが問題になるとされる (Vgl. Palandt-Heinrich, a. a. O., § 254)。

- (18) Boehmer, Schranken des Rücktritts des gestohlenen Sache, JZ 1952, 522 等多数。

- (19) 約定解除の場合には、解除権者は、給付を受領した時からすでに解除の可能性を計算に入れている点において、受け取った物を注意深く取り扱う必要があるとする。

- (20) Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 156。

(未完)

(ほんだ・じゅんいち 〓 法学専任講師)